



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS EVENTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA. “DEBATE DESDE EL ACTIVISMO JUDICIAL EN COLOMBIA”.

Kelly Johana Fernández Varón¹

Universidad Católica de Colombia

Resumen

Para el siguiente texto académico, nos proponemos, en tanto la brevedad lo permita, determinar cuál o cuáles son las facultades que tienen los jueces al momento de practicar las pruebas, visto desde el panorama del activismo judicial frente a los daños que se derivan del ejercicio médico en Colombia, es pertinente vislumbrar el tema del rol y las facultades de los operadores jurídicos en la administración de justicia de cara a la distribución de la carga de la prueba, puesto que, en la dinámica del derecho aporta un compendio de elementos que interesan, por una parte, para la garantía procesal, como para el buen funcionamiento del aparato judicial. En aras de no reiterar sobre quién o a quien le corresponde probar eventualmente en un proceso de responsabilidad médica, se proyecta entender el cuadro jurídico práctico del Derecho desde una perspectiva de las pruebas oficiosas en cabeza del juez, sus consecuencias e implicaciones que estriban un aporte sustancial aclarando por demás, las facultades propias del juez, así pues, desafiando las estimaciones sobre el activismo judicial.

Palabras clave: Responsabilidad médica; Colombia; Carga de la prueba; Daño; Reparación; Activismo judicial.

Abstract

For the following academic text, we propose, first of all possible, determine which are the powers that judges have at the time of testing, seen from the perspective of judicial activism against the damages that result from medical practice in Colombia, it is pertinent to envisage

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código de estudiante número 226606 y correo institucional kifernandez06@ucatolica.edu.co. Mónica Caicedo Lozada, docente investigadora, directora del presente escrito de investigación. 2019.

the issue of role and powers of legal operators in the administration of justice with regards to the distribution of the burden of proof, given that, in the dynamics of law, it provides a compendium of elements that are of interest to, on the one hand, the procedural guarantee, as for the proper functioning of the judicial system. For the sake of not reiterating to whom should eventually prove in a process of medical liability, it is expected to understand the practical legal framework of law from a perspective of informal evidence in the head of the judge, its consequences and implications that are a substantial contribution clarifying the judge's own faculties, thus, defying the estimates of judicial activism.

Keywords: Medical liability; Colombia; Burden of proof; Damage; Reparation; Judicial activism.

Introducción

Para iniciar el desarrollo de esta investigación, nos proponemos avanzar en conceptos relativos a la responsabilidad médica, a la responsabilidad del Estado principalmente desde la actividad del juez en criterios probatorios, reiterar la importancia que tienen la carga probatoria, el daño, la culpa, para finalmente desembocar en el debate, entre el activismo judicial y la normal ejecución de la dinámica probatoria en marco de los eventos suscitados en los procedimientos médicos.

En vista del amplio contenido que se ha trabajado en materia de responsabilidad médica, el presente trabajo tiene como misión analizar puntualmente el ejercicio de la carga de la prueba como un criterio vinculante en el ejercicio judicial concretamente desde la actividad procesal (Yáñez & Castellanos, 2016). Pues si bien, se anota que los cambios jurisprudenciales, dadas las múltiples interpretaciones, han generado un desequilibrio jurídico en el factor probatorio (Hunter, 2011). En razón de esto, es pertinente vislumbrar el tema del rol y las facultades de los operadores jurídicos en la administración de justicia de cara a la distribución de la carga de la prueba, puesto que aporta en la dinámica del derecho un compendio de elementos que importan, por una parte, para la garantía procesal, como para el buen funcionamiento del aparato judicial. En aras de no reiterar sobre quién o a quien le corresponde probar eventualmente en un proceso de responsabilidad médica, se propende por entender el cuadro jurídico práctico del Derecho desde una perspectiva de las pruebas oficiosas en cabeza del

juez (Cuartas & Ruíz, 2016), sus consecuencias e implicaciones que estriban un aporte sustancial aclarando por demás, las facultades propias del juez, desafiando pues, las estimaciones sobre el activismo judicial (Mejía & Pérez, 2015). Para la presente investigación, se realizará un estudio doctrinal y jurisprudencial con el cual nos permitimos soportar el valor que tiene tanto para academia, como para práctica, cuyos principales recursos serán libros, artículos, jurisprudencia relevante al caso y legislación colombiana con su respectiva ampliación normativa, indicando que el tipo de metodología a emplear será sistemático, pues nos permitirá abordar los temas desde una óptima visión crítica.

Para lo anterior y con base en la pregunta a resolver, ¿Cuáles son las facultades del juez respecto de la distribución de la carga de la prueba en eventos de responsabilidad médica en Colombia? Es vital saber cómo, desde varios postulados, se ha venido trabajando la responsabilidad médica en cuanto a la ejecución de la carga de la prueba (Bentham, 2008) pero desde la actividad del juez, por cuanto, se tomará como base la sentencia de la Corte Constitucional C-086 de 2016, aludiendo que dentro de dicha dinámica, se deben tener en consideración los principios de solidaridad, equidad, lealtad y buena fe procesal, aunado con la posición de la Corte que expresa: "quien alega debe probar" cediendo por "quien puede debe probar", en este aspecto, la inmersión del juez de manera oficiosa crea un vínculo directo con el proceso en ejecución y el resultado que se desprende de dicha práctica.

El juez en su actividad de administrar justicia tiene distintos retos al momento de responder en un caso y que, por lo común, como anota Devis Echandía (1984) la persona que lo alega es quien debe probar. Sin embargo, jurisprudencia como la antes mencionada, cambia de paradigma y amplía los criterios sobre los cuales se garantiza el debido proceso (Parra J., 2004).

Bien es sabido que, en el desenvolvimiento de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado por falencias en la prestación del servicio médico se han pronunciado desde puntos de vista de la doctrina, como por vía jurisprudencial, ejemplo de ello se encuentra en sentencias como la T-764 de 2005, T-735 de 2012, T-628 de 2012, entre otras, que han ido edificando, desde varias perspectivas el acápite de la carga probatoria (Parra, Jáuregui, & González, 2015).

La responsabilidad civil médica, data desde el derecho romano (Coing, 1982) con la expresión "obligatio", para hacer alusión a un crédito o a una deuda que se tiene frente a un tercero, como consecuencia del incumplimiento de esta, surja la obligación de reparar el daño causado, por cuanto Layton y Martínez, en palabras de Tamayo, exponen que: "se define la responsabilidad civil como la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros" (Layton & Martínez, 2015).

Al mismo tiempo, vale la pena comprender que la responsabilidad del Estado en estos asuntos, se desarrolla con base en las actividades de las diferentes ramas de poder público y los órganos del Estados (Leiva, 2013), el fundamento de esta disposición se encuentra consignado desde la expedición de la Constitución de 1991, que se dio finalmente como resultado del progreso jurisprudencial durante varios periodos (González, 2009). Entre tanto, al tratarse de o por una falla en el servicio, la función esencial del Estado se configura una de las teorías por las que entraría a responder y en efecto, a reparar los daños ocasionados.

Eso en términos generales, nos abrirá un espacio para analizar cómo se percibe la responsabilidad por daños en procedimientos médicos y también entender la función principal del juez. Por ello, el activismo judicial, en términos de Maraniello (2012), es el medio óptimo para describir las facultades a las cuales debe ceñirse el juez sin rayar en la arbitrariedad. Por cuanto la carga probatoria, se entienda desde el prisma integral, bien desde las partes que alegan la vulneración, como la respuesta oficiosa de los jueces (Devis, 2002).

Así las cosas, sobresale, de cara al derecho probatorio, que es un reto poder entrever cada uno de los pilares sobre los que se va a basar el presente escrito, puesto que, tanto la prueba, como la actividad judicial, encierran los enfoques propios para argumentar la incidencia de los jueces en la dinámica de la carga probatoria. Por ejemplo, lo expuesto por Pérez (2001), al considerar que la carga dinámica de la prueba es en términos generales, una obligación de dichos órganos. De manera más precisa anota lo siguiente:

La carga dinámica de la prueba es, finalmente, una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos, en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras, el juez es el único que

tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba (Pérez, 2011, p. 208)

Al mismo tiempo, dentro del desarrollo académico, María Fernanda Hernández (2016), menciona que, a cargo del Estado, se dispuso la prestación de los servicios con un criterio fundamental imperativo, como lo es la justicia, para el caso en particular.

En últimas, la necesidad de este estudio se basa en comprender, a través del análisis teórico práctico del derecho, con algunos casos judiciales, la diligencia del juez para practicar pruebas oficio cuando se requiera en los procesos de responsabilidad médica derivada de la actividad propia del sector público en Colombia.

1. Concepto de responsabilidad médica

En este primer acápite, nos centraremos en dar una aproximación conceptual de la responsabilidad médica, entendida desde su desarrollo histórico. Así pues, al referirnos a la responsabilidad médica, notamos que se trata de una situación que ha tenido sus albores en tiempos cercanos, puesto que en los inicios de la humanidad los médicos estaban cobijados bajo un carácter sagrado, que los situaba más allá de toda pena o de cualquier indemnización pecuniaria (Ruíz, 2004).

A bien, el profesor Ruíz (2004), menciona que:

Las legislaciones modernas son conscientes de que el médico no se despoja fácilmente de su papel autoritario. Pero al reconocer los derechos de los enfermos han eliminado el despotismo y las conductas exclusivamente paternalistas (p. 199).

Razón por la cual, el prisma en que se ha venido entendiendo el reconocimiento de los derechos y las consecuencias de ciertas actividades, hace que, como bien se sabe, se configure todo en promoción de la garantía de los derechos.

Así pues, como lo anota (Fernández & Woolcott, 2018), el alcance dado en la esfera conceptual de la responsabilidad médica, puesto que, se plantea como una visión amplia en la cual se debe demostrar la culpa del médico del sujeto encargado del procedimiento médico

en su quehacer profesional, de manera penal, administrativa o civil, incluyendo a la institución o el cuerpo colegiado que presta este servicio.

En Colombia, actualmente la responsabilidad médica es vista como la obligación de garantizar la salud de los pacientes cuando se trate de asuntos de resultado, como por ejemplo en casos de cirugías estéticas, dado que mayormente se considera como una actividad de medio, en razón a que la prestación del servicio está encuadrada en el consentimiento (Ruíz, 2004).

Partiendo de los estudios realizados en torno a la teoría general del derecho, la concepción que se tiene de responsabilidad ha sido desarrollada desde el ámbito civil, de la mano con el penal y prácticamente se extiende a todas las áreas del derecho. Así, desde la noción Kelseniana, la responsabilidad se expone como una idea derivada del modelo unitario, que implica la reacción del ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto dentro de determinadas condiciones establecidas por dicho ordenamiento.

Aunado a lo anterior, se puede interpretar que esta idea tiene como base el derecho positivo y es completamente pragmática, esto quiere decir que, en el modelo Kelseniano, la responsabilidad solo ocurre cuando se sanciona una conducta que perjudica a la sociedad (Fernández, s.f).

Siguiendo esta misma línea, autores como Larragaña y Sanz Encinar se han encargado de profundizar en este término, cabe resaltar que es un estudio bastante amplio por cuanto se puede entender la responsabilidad desde: la capacidad, como un factor causal, desde el deber propio del rol social o desde el factor de razonabilidad (Larragaña, 1996). De ahí, que sea indispensable, según sea el caso, adecuar al entendimiento y por, sobre todo, a la finalidad en la que se desee emplear.

De ahí que, la manera más resumida de clasificar la responsabilidad se da en la siguiente división: directamente o indirectamente. La primera, hace referencia al sujeto que causa daño y el sujeto obligado a la reparación del mismo, que recae posteriormente en la relación entre ambos sujetos, además de ello, se puede identificar al obligado y al responsable, dado que se trata de la misma persona. A diferencia de la responsabilidad indirecta en la que no se puede identificar entre el que comete el acto y el obligado a reparar el daño (Larragaña, 1996).

Vale la pena concebir que el fuero sobre el cual esta investida principalmente la responsabilidad del sujeto en ejercicio de la actividad médica, se da bien, por la responsabilidad del acto médico o bien por la responsabilidad médica, situaciones que amplían los esquemas de análisis para determinar los criterios probatorios a tener en cuenta; No obstante, es importante tener claridad que el la responsabilidad del acto médico recae del resultado no esperado en el procedimiento médico y la responsabilidad médica propiamente dicha, recae sobre el sujeto culpable de obrar de manera errada o negligente en dicho procedimiento. (Fernández & Woolcott, 2018)

Entre tanto, la responsabilidad vista desde las teorías basadas en la justicia, crean un abanico de opciones frente a su concepción, lo cual, nos hace un poco más complejo dar un concepto acertado; Sin embargo, la teoría Anthony Honoré y Stephen R. Perry, menciona las posiciones que enfrentan estos dos autores respecto a su variaciones, que por una parte se muestra en términos descriptivos, bajo el argumento de que el Estado está autorizado para proveer categorías de determinadas conductas ilícitas y a su vez, de elementos morales (Castilla, 2017)

En la responsabilidad médica, es importante tener en cuenta lo relativo a la Lex Artis, se describe como un limitante, que implica:

[...] no sólo el cumplimiento forma y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza. (Rojas, 2017, p. 5)

No se puede dejar de lado, lo que la Corte Constitucional considera como responsabilidad médica, para efectos, de poder concebir, entre otras cosas, la importancia que tiene la comprensión más enfocada en los casos prácticos, por ejemplo, en la Sentencia T-118A de 2013, se analiza desde el artículo 2341 del Código Civil colombiano, en el cual se prevé, que es la consecuencia que se deriva del daño ocasionado a determinada persona, así, con más claridad menciona:

[...] que aquel que ha cometido con culpa un daño a otro está obligado a indemnizar los perjuicios que se deriven de ello, estableciendo así el régimen de responsabilidad

extracontractual. Por su parte, la responsabilidad civil puede ser considerada contractual o extracontractual dependiendo de: i) la relación jurídica entre las partes de la cual se deriva el daño – si es o no preexistente al daño –, ii) la acción que ejerce el demandante/víctima y/o la familia perjudicada, para reclamar la indemnización de perjuicios. Por su parte, la responsabilidad médica deviene de la obligación, en principio contractual, del médico, EPS o IPS de cuidar la integridad corporal del paciente para devolverlo sano y salvo al concluir la relación prestación de un servicio médico, esta relación puede surgir, generalmente, como consecuencia de una convención (STC T-118 A, 2013).

Ahora bien, lo que nos ocupa en el presente escrito, es lograr una aproximación conceptual de la tan mencionada y estudiada responsabilidad médica, que como ya se ha dicho, es la calidad y condición de responsable el que posee la obligación de reparar y satisfacer en sí mismo u otro, toda pérdida, daño o perjuicio que se ocasione, lo cual trae consigo consecuencias de un acto realizado, en el mayor de los casos, con capacidad. Se tiene que, para que exista o se le atribuya la responsabilidad a una persona debe contemplar unos elementos, que a continuación, mostraremos.

2. Concepto de responsabilidad del Estado desde la actividad del juez

Habiendo hecho una aproximación sobre el concepto de responsabilidad y la responsabilidad médica, en el presente apartado nos proponemos plantear la responsabilidad del Estado desde la actividad judicial (Rodríguez, 2016).

La responsabilidad del Estado, para el presente caso, como institución jurídica, encuentra su fundamento en la responsabilidad pública que, sobrepone la garantía al interior de una Estado Social de Derecho, como el colombiano. Resulta indispensable analizar y reflexionar sobre aquellos fundamentos concernientes a diversos fenómenos que se encierran en torno a la ciencia del derecho, como aquí, la responsabilidad del Estado a través de la actividad judicial (Fernández, et, al., 2016).

Que de manera acertada comparte, Carolina Castilla (2017), al exponer que:

Lo que corresponde es evidenciar cuáles son los componentes del Estado que fundamentan la responsabilidad, pues las relaciones entre los particulares no se equiparan a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. En especial porque a pesar de que hay ocasiones en las que estos se encuentran casi en un plano de igualdad, no hay que olvidar las prerrogativas con las que cuenta el Estado y especialmente, es necesario tener presente que al ente público no solo le compete la obligación de no dañar al otro, sino que el Estado por naturaleza es el garante de la seguridad y los derechos de las personas, agregando un importante cúmulo obligacional y una motivación adicional y diferenciada de su responsabilidad patrimonial (p. 34).

Y que no dista mucho de las concepciones que, a bien, varios estudiosos del tema tienen, como por ejemplo María Hernández (2016), quien afirma dentro de la administración y las libertades se supone una manera de obrar antropocentrista del Estado en conjunto con sus deberes.

Por demás, expresa que:

La condición del Estado según la cual este está sometido, al igual que sus asociados, al imperio del derecho; y son los medios de control administrativo, a los que puede acudir el ciudadano que considere vulnerados sus derechos por la administración, uno de los logros más interesantes del derecho en sociedades democráticas como la colombiana (p. 13).

Digamos que, se trata de un tipo de responsabilidad de carácter administrativa del médico, cuando se trate del sujeto público que ha de responder, lo cual está considerado en el código de consumidor, artículo 25, el cual se arguye el deber y seguridad que se dispone de los servicios o productos ofertados para con los usuarios, en este caso, para el paciente. Asimismo, se enfoca a partir de la Ley General de Salud N° 26842, relativa a la responsabilidad civil. (Fernández & Woolcott, 2018).

En el debate sonado que surge de los estudios por la justicia, pone de presente que ella estará en cabeza particularmente de los jueces, como aquel órgano designado para que, de manera imparcial se propenda por ajustar las decisiones al derecho.

La cuestión cambia radicalmente si el Estado decide no implementar instituciones de justicia correctiva. En este caso estará obligado a brindar algún grado de compensación por mecanismos distintos de la responsabilidad extracontractual. Las sociedades pueden tener dos tipos de razones para desconocer la fuerza vinculante de la justicia correctiva: (a) podrían entender que cierto tipo de daños, por ejemplo los que se producen en actividades socialmente benéficas que repercuten negativamente sobre un sector específico de la comunidad, son una cuestión colectiva y, por lo tanto, propia de la justicia distributiva; (b) Podrían juzgar que la justicia correctiva en un contexto dado deja demasiadas víctimas sin compensar y que el Estado debe brindar una red de seguridad más amplia. Sea por la razón que fuere, las sociedades que no implementen un principio de justicia correctiva suelen ser menos liberales que las que sí lo hacen, porque la inherencia del Estado en los asuntos privados es mayor: el principio de división de la responsabilidad no es honrado plenamente” (Papayannis, 2013, p. 407)

No obstante, la idea de la función del juez está vista principalmente desde la toma de decisiones (justicia correctiva), basadas en criterios normativos para la legitimación de un derecho, pero en pocas ocasiones se entiende que la responsabilidad de Estado, como garante de justicia también está vinculado a dicha actividad judicial, puesto que las consecuencias pueden ser bastante radicales si se toma una decisión que dista de ser la adecuada, casos particulares en los que por ejemplo el juez carece de imparcialidad o no practica de manera pertinente las pruebas.

Claro está que, si se implementan las teorías derivadas de la responsabilidad en extensión a la justicia, tenemos un paradigma que contempla las siguientes distinciones, según supuestos de Fletcher y Coleman:

Las justificaciones para fundamentar el deber y la imposición a alguien en particular de los costos de esa pérdida: derecho a ser compensado y deber de compensar; (ii) los fundamentos y los modos de la compensación: los modos se refieren a la forma para lograr que efectivamente se produzca la compensación, como por ejemplo los sistemas de responsabilidad por culpa o de seguros obligatorios; (iii) los fundamentos y la extensión de la responsabilidad: el deber de compensar y el alcance de ese deber

respecto de la multiplicidad de daños que se pueden producir; y (iv) la justificación de la acción dañina en relación con la víctima: una conducta injustificable o culpable que genera responsabilidad, una conducta justificable que entonces causa un daño justificado, la conducta se justifica solo si el agente paga la compensación por las pérdidas que ella cause (Castilla, 2017).

Con lo anterior, resulta importante, si no obligatorio, comprender cómo el juez respondería en caso de no acatar o de exceder su poder, como más adelante se verá en la relación del activismo judicial. Si en últimas solo quedan presupuestos que por una parte el juez sea el conocedor, y por otra parte que, tiene un cuerpo colegiado que se encarga de analizar también los asuntos ajenos a las partes de determinado litigio de responsabilidad médica, a lugar (Romero, 2017).

No es una justificación que el juez deba portar su criterio y facultad conforme la ley lo establece, es importante que el mismo emplee sus facultades para determinar, en cuanto se pueda, cómo en un proceso se logrará demostrar la eventual responsabilidad médica, y es de esta manera, como a grandes rasgos, se entiende que el Estado también es garante respecto del actuar del juez como delegado de justicia, entre tanto, por la función pública con la cual está investido.

3. Carga probatoria en materia de responsabilidad médica

La carga de la prueba es uno de las líneas más estudiadas de la responsabilidad médica, sin embargo, sigue habiendo tema de estudio desde esta perspectiva, ya no en cabeza de las partes, si no del juez, aludiendo a los postulados de Javier Hervada, en palabras de Jeisson Romero, al exponer que el jurista o quien interprete la ley lo hace para determinar lo justo, no en razón a ser un servicio de la ley, sino un servido de la justicia (Romero, 2017).

Antes, es importante entender que la responsabilidad médica es entendida analizada integralmente desde la perspectiva semántica el concepto complejo denominado responsabilidad del se denota que es un concepto de tipo u orden excluyente en tanto, necesariamente una parte debe ser el Estado, la cual es la que causa la afectación al particular, que lo describe Erika Duarte (2017), aunque no de manera precisa.

Así pues, como se ha venido desarrollando, la idea principal es concebir que en el estudio de la responsabilidad juega un papel muy importante la visualización de cada una, puesto que, no es lo mismo mencionar a groso modo, la responsabilidad médica, que la responsabilidad del Estado en cabeza de la actividad judicial. Por lo pronto, aunque parezcan temas alejados, aquí se entreteje un hilo conductor propio de las garantías. (López & Barragán, 2018).

Pues bien, la carga de la prueba, puede ser visible también desde la responsabilidad del Estado, empero, resulta ser un acto difícil de demostrar, al incurrir el médico en un error o realizar un mal procedimiento, entraría directamente el afectado a responder con pruebas la existencia del daño ocasionado. Adicionalmente, como lo expone la autora (Woolcott, 2014) se trata de la importancia que tiene la norma en la cual se basa el caso para evaluar la responsabilidad, de manera que:

La prestación que implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, de lo cual, justamente se desprende que la norma alude a la culpa profesional, esto es, a la violación de las reglas técnicas y a la falta de determinados conocimientos. (p. 245)

En este punto la posición del Consejo de Estado frente a la carga de la prueba en eventos de responsabilidad médica, está ligada particularmente a la pertinencia de probar sobre el hecho alegado, puesto que, al tratarse la medicina de un asunto especializado, en cierta medida se le facilitaría al médico comprobar lo sucedido, no obstante, pocas veces sucede (Morales & Daza, 2016).

Ante esto, las pruebas y su práctica, expone Victoria Ramírez (2016), en palabras de Devis Echandía (1998), que:

La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado algunos aspectos sobre una institución denominada “la carga de la prueba”, que consiste en las posibilidades que tienen las partes de probar sus afirmaciones y sus negaciones, tales como las pretensiones y las excepciones, de tal manera que, si no se prueban, conlleva a que se desestimen las mismas. Para Devis Echandía la carga de la prueba tiene una doble connotación, en primer lugar, es una regla para el juez en la medida en que le indica cómo fallar ante la ausencia de prueba, y, en segundo lugar, es una regla para las

partes, a quienes les indica cuáles hechos deben probar para que sean estimadas las pretensiones o las excepciones. (p. 4)

Así, la carga de la prueba, regulada actualmente por el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), con la modificación del sistema de la regla de la carga estática, al sistema de la carga dinámica, le otorga al juez la posibilidad de que antes del fallo se puede exigir que determinado hecho sea probado, según la necesidad y la pertinencia que se requiera, para ello se toma como referencia la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de marzo de 2017.

Respecto al primer punto, sobre la regla para el juez como medida de acercamiento para la decisión, encontramos que en el entramado probatorio existe algo llamado pruebas de oficio, que en caso de que la partes no logren demostrar bien, la culpabilidad o la inocencia, estarán bajo la potestad del administrador de justicia.

Para lo cual, traeremos a colación una serie de análisis de casos que en la jurisprudencia colombiana se han venido desarrollando y que importan, pues, nos acercan un poco más a la noción práctica de la valoración y entendimiento de la carga de la prueba en procesos de responsabilidad médica.

Tabla 1. Análisis de la sentencia del 24 de octubre de 1990

Referencia	Expediente No. 5902
Consejero ponente	Gustavo de Greiff Restrepo
Actor	María Helena Ayala de Pulido
Hechos	La señora Ayala de Pulido utilizó los servicios médicos del Instituto de Seguros Sociales y así ingresó a dicho Centro el 23 de marzo de 1982 para recibir el servicio de "Trabajo de Parto". El 24 de marzo de 1982, por petición escrita de los esposos Pulido Ayala el doctor Juan López Granados, Gineco-Obstetra al servicio del I.S.S. le practicó a la actora una ligadura de trompas para lo que el Anestesiólogo doctor Jaime Arango Vélez, también al servicio del Instituto le colocó anestesia raquídea. Al día siguiente se presentó en la paciente dolor intenso en los miembros inferiores

	con adormecimiento desde la región inguinal hacia abajo. Dichas molestias se fueron incrementando hasta el punto de concretarse a través de un reconocimiento médico legal del 30 de julio de 1984, en una lesión consistente en parálisis de los miembros inferiores con incontinencia urinaria y fecal, de carácter permanente y con una incapacidad médica legal de 30 días.
Consideraciones o argumentos de la Corte	El análisis realizado por la Corte, se hizo con base en los estamentos legalmente establecidos por el Código de Procedimiento Civil, que para entonces concebía que la carga de la prueba debía ir en cabeza de quien alegaba sus derechos.
Aclaración de Voto Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla	Lo primero que podría pensarse, a la luz de las consideraciones anteriores, sería que, si el Estado se encuentra en una posición de deudor, bastaría con que el acreedor afirmara el incumplimiento para que el primero tuviese que demostrar lo contrario, o la ocurrencia de una causal exonerativa. Sin embargo, ello no puede
	ser así, por cuanto si bien es cierto que el Estado es deudor, la naturaleza de sus obligaciones es diferente, pues no está individualizada como ocurre en la relación contractual, sino se predica en forma genérica frente a la comunidad. De ahí, entonces, que sea necesario particularizarla con respecto al supuesto afectado, determinar su alcance concreto frente a él, y estudiar las circunstancias de su ocurrencia en el caso específico debatido (Consejo de Estado, 1990).

Tabla 2. Análisis de la sentencia del 18 de febrero de 2010

Referencia	13001-23-31-000-1996-01692-01(17606)
Consejero ponente	Mauricio Fajardo Gómez

Actor	Héctor Alberto Muñoz Gómez Y Otros
Hechos	<p>El 1º de febrero de 1995, el señor Héctor Albeiro Muñoz Gómez ingresó voluntariamente al Distrito Naval de Medellín. Los exámenes médicos que le practicaron para la calificación arrojaron como resultado que era apto para la prestación del servicio militar.</p> <p>A los tres meses de su ingreso al batallón asignado, el señor Muñoz sintió dolor <i>“en el lado derecho del riñón”</i> e informó a su superior acerca de dicha molestia, quien le expresó que <i>“eran vientos que recogía por la práctica de los entrenamientos a los que no estaba acostumbrado”</i>;</p> <p>En la Base Naval de Cartagena sintió nuevamente la molestia que lo aquejaba, esta vez acompañada de náuseas, razón por la cual lo examinó el médico del Hospital Naval, quien se limitó a recetarle tranquilizantes y antiembióticos, los cuales no surtieron efecto. Para ese entonces ya habían pasado siete meses de</p>

	<p>padecimiento por las mismas dolencias;</p> <p>Ante la persistencia de sus males, el señor Muñoz acudió al Hospital Naval de Cartagena donde le ordenaron exámenes de orina y coprológico, así como también le tomaron unas radiografías, cuyos resultados <i>“no mostraban anormalidad alguna”</i>;</p> <p>Posteriormente, el 15 de enero de 1996, casi un año después del comienzo de su afección, debido a que su situación no mejoraba, se ordenó la práctica de una <i>“urografía excretora”</i> con fundamento en la cual se diagnosticó <i>“bloqueo renal derecho”</i>; Más adelante, el 23 de enero de 1996, se le practicó una ecografía renal, la cual estableció: <i>“El riñón izquierdo es normal, el derecho importante dilatación de las estructuras y alteración del parénquima renal.”</i>;</p> <p>Finalmente, el señor Muñoz perdió el riñón (Consejo de Estado., 2010).</p>
<p>Consideraciones o argumentos de la Corte</p>	<p>Con la finalidad de proceder al estudio de fondo respectivo, la Sala considera pertinente precisar que en el caso concreto el régimen bajo el cual se debe estructurar la responsabilidad del Estado es falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como lo ha venido reiterando la Sala:</p> <p><i>“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”</i></p> <p>La existencia de un diagnóstico errado o incompleto no implica de suyo que haya responsabilidad por parte de la entidad prestadora del servicio médico, puesto que la ciencia médica es susceptible de emitir diferentes juicios respecto de una misma</p>

	<p>situación clínica y, en consecuencia, puede haber equivocaciones en el diagnóstico y tratamiento correspondientes que no generen responsabilidad en la entidad prestadora del servicio médico. En tal sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado en qué consiste la falla en el servicio médico con ocasión de un diagnóstico, al decir que:</p> <p><i>“... lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado ... Al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo. <u>El error que exime de responsabilidad no ha de ser una anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio</u>, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico.”</i></p>
--	---

Con las anteriores sentencias expuestas y tomando en cuenta las consideraciones de la Corte, para cada situación fáctica, se hace pertinente, concebir que, dentro del marco y el régimen probatorio, la carga será dinámica, en tanto se apoye el ejercicio de fallar en derecho y claramente conforme a la justicia. Esto, aunque a simple vista resulta ser un poco ilusorio, no dista mucho de la realidad y del objetivo que se quiere, aun cuando en la actualidad se respalde en gran parte a las víctimas que se vieron y se verán afectados.

3.1. Daño.

Con lo anterior, se tiene que se cumplen con ciertos elementos que a continuación se analizaran y que en su momento fueron los que arrojaron el resultado para la decisión del juez en un caso en concreto. Con ello, se tiene que el daño, constituye uno de los elementos sobre los cuales se puede determinar el perjuicio ocasionado, bien por la acción u omisión del sujeto encargado -para este caso, el médico o cuerpo colegiado, institución o quien preste el servicio e incluso sea el proveedor o fabricante de fármacos (Woolcott & Fonseca, 2018).

Así pues, se puede percibir que existen variedad de definiciones doctrinales que se proponen definir el daño, por ejemplo, encontramos a Larenz, quien indica que el daño consiste en "el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio" (Larenz, 1958, p. 193). Aunado a esto, otros autores como Zannoni, Stiglitz y Echevesti, exponen que el daño se constituye como un presupuesto de la responsabilidad civil y definen el mismo como: la lesión o deterioro a un interés patrimonial o no patrimonial con ocasión a una acción (Iturraspe & Bueres, 1997).

Por tanto, dentro de la esfera jurídica, el daño supone que el daño es reparable, lo cual extiende el alcance del mismo, al considerar dentro del mismo a los derechos simples o, de hecho, como aquellos que son vistos desde el espectro de la moral, las buenas costumbres o el orden público.

En la teoría moderna de nuestro país, la figura del daño está contemplada dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, es decir, si alguien ocasiona un detrimento o lesión a otro debe responder a su actuar ante la queja de la víctima o lesionado. (Mendoza, 2014, p. 19).

En términos generales tenemos el siguiente listado de la clasificación del daño:

- Daño contractual y extracontractual
- Daño patrimonial y moral

Las cuales depende del menoscabo ocasionado y, por tanto, de la responsabilidad resultante con la acción u omisión, como elemento principal de la responsabilidad civil, que normalmente esta dada por un error, en lo referido a la prestación del servicio médico (Woolcott O. , 2015).

3.2. Culpa

Referente a la culpa, cabe hacer la salvedad que en la responsabilidad contractual la culpa opera, mientras que en la responsabilidad extracontractual en términos genéricos es relativo hablar de culpa. Esto, en razón a que desde la adopción del Código de Bello:

[...] acogió la teoría tripartita de la culpa desecha por los redactores del Código de Napoleón- lo cual implica que el deudor incumplido no indemniza los daños causados por su inejecución culposa en general, sino que, atendiendo al beneficio que le reporta el contrato, algunas veces responderá por culpa levísima. (Mantilla, 2007, p. 133)

En el estudio del derecho colombiano, tiene su inclinación principal hacia la caracterización o identificación de la relación contractual o jurídica que dio origen al daño, como antes se dijo. En la culpa, prima poder demostrar que la obligación inicialmente pactada no se llevó a cabo y que con ello se generó un perjuicio.

Por tanto, la exigencia de la culpa está dada como una condición para poder condenar necesariamente a la reparación de los daños que surgen, particularmente en este caso por la negligencia o falta de cuidado en el tratamiento de los procedimientos médicos (Aldana, 2018)

El autor Mantilla (2007), pone en consideración las transformaciones que se derivan de la percepción del culpable y su posterior reparación que consistiría en la atribución de la responsabilidad respectivamente, así:

[...] En la actualidad, la responsabilidad civil no parece responde a un problema de justicia entre dos partes. Así, la sociedad moderna ha tratado de romper el binomio victimario-victima con el objetivo de distribuir los costos de los daños dentro de un grupo social más amplio. Para cumplir con este propósito, se han incrementados los regímenes objetivos de responsabilidad -para aumentar las probabilidades de trasladar los costos de la víctima al victimario- y se han desarrollado los seguros de responsabilidad civil -para trasladar los costos del victimario a todos los tomadores que pagan las primas de seguro (p. 136).

Respectivamente, en los casos en que se le atribuya la responsabilidad en términos de culpa, no necesariamente es quien responde o repara integralmente, como se verá más adelante, cabe precisar que, en la práctica médica el responsable a simple vista es quien ejecutó el procedimiento médico. No obstante, vale la pena entender que la figura de "responsable" bajo los criterios de los contratos de seguros (Fernández, 2017), amplía la noción que acá nos ocupa.

3.3. Reparación

Habiendo mencionado las nociones claves y básicas del daño y la culpa, resta hablar de la reparación lo cual equivale a orientar el resarcimiento de los perjuicios que se ocasionaron bien directamente a la persona afectada o eventualmente a sus familiares.

Henao Pérez (1983), en palabras de Hinestrosa, habla de la reparación en términos del daño, expresando que: "*el derecho de daños es un imperativo de restablecimiento de lo perdido por obra ajena, y nada más*" (p. 727)

Al respecto, de manera breve abordaremos este último elemento desde la posición de indemnización total, que tiene en esencia la posibilidad de tomar efectivamente la consideración y reclamos propios del inconveniente aun cuando se trate de un proceso judicial.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 cuando dice: "*Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*". La diferenciación planteada, partiendo de los significados posibles de principio y sin ser excluyente, ayuda a entender no solo el lugar que pueden ocupar los principios (cualquiera en particular), sino que a su vez permite identificar pautas para su interpretación en los juicios que adelantan los jueces (Sandoval, 2013).

De manera que frente a los riesgos comunes e inexcusables y habiéndose determinado la culpa al sujeto correspondiente, se plantea que la indemnización este dada en los términos proporcionales a los daños. Para ello vale la pena apreciar que:

La aproximación más amplia del riesgo médico comprende los riesgos comunes, entendiéndose por ellos las conductas previsibles o evitables que dependen del actuar médico, y que incluso podrían verse inducidas por factores exógenos. La responsabilidad médica derivará de estos comportamientos en cuanto sean imputables al médico o al establecimiento de salud, según sea el caso. (Woolcott O. , 2015, p. 65)

Así pues, los jueces también juegan un papel fundamental al momento de identificar, tasar y ver por los intereses de los afectados, entre tanto sea esta su responsabilidad en el marco de la administración de justicia y el buen ejercicio de los órganos judiciales, bajo la potestad de verdad que les es conferida en materia probatoria (Moya, 2015).

4. Activismo judicial y distribución de la carga de la prueba.

En lo relativo a la actividad judicial como movimiento, facultad o dinámica y la correlación que se pretende demostrar respecto a la distribución de la carga de la prueba, en el presente apartado aspira resumir lo anteriormente expuesto frente a la responsabilidad médica desde la responsabilidad como criterio de deber público o estatal.

Inicialmente, Marianello (2012), ha considerado que el activismo judicial es contemplado, como la capacidad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud. Ahora bien, este poder por el cual, está investido el juez le abre puertas para que de todas las formas legalmente posibles alcance la verdad (p.126).

De modo que, este autor, afirma que: *"un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respecto de los derechos constitucionales"*(p. 126). Así que, existen por demás, una serie de características propias del activismo judicial en casos particulares como los que hacen referencia a la responsabilidad médica, que versan principalmente en derechos constitucionales, propios de un Estado Social de Derecho (Castaño, 2013).

Por cuanto, para ello es importante retomar lo establecido en la Sentencia C-086 de 2016, en la que la Corte constitucional, a bien, promete exponer la facultad del juez para distribuir la carga dinámica de la prueba. Veamos: la Corte apunta al condicionamiento que se desprende la interpretación de cargas procesales (como obligación de probar) en procesos judiciales para asegurar que no se vulneren derechos de las partes o intervinientes. Así, se entrevé que sirve para esclarecer la verdad en el sistema procesal como una consagración legal del postulado onus probandi (Ubertone, 2013). Para ahondar un poco más en el desarrollo, evolución y origen del activismo judicial, se debe tener presente que este se ha dado bajo los postulados del derecho norteamericano, como, por ejemplo, en la Sentencia de la Corte

Suprema de EE. UU, en el caso Brown vs. Board Education del 17 de mayo de 1975 y en el caso Cooper vs. Aaron en 1958 (Carbonell, 2014).

Además de lo anterior, la Corte basa su argumento en la teoría de la carga dinámica de la prueba haciendo asimetría entre las partes y la necesidad de intervención judicial para establecer un aire de igualdad al interior del proceso.

Aunado a ello, Marianello (2012), promueve las siguientes características especiales del activismo judicial como lo son:

1. El poder judicial como verdadero poder del Estado, fijando políticas judiciales;
2. Respeto por la Constitución por sobre todas las demás normas y fundamentaciones jurídicas de las partes;
3. Búsqueda primordial de la justa solución del caso;
4. Creatividad de las sentencias;
5. Protagonismo del tribunal y;
6. Agotamiento del servicio de justicia. (p. 128)

Con estas seis características, cuando en el desarrollo procesal se alude a la prueba de oficio, esta, como se expone arriba, hace importante la dinámica del caso en particular y, por ende, la dinámica del derecho (Cuenca, 2007).

Pues bien, una parte de la doctrina jurídica ha puesto en consideración dos tipos de activismo judicial que consisten en valorarse desde la práctica como: por una parte, el razonable o justo y; por otra parte, el irrazonable e injusto. (Maraniello, 2012, p. 129)

El primero hace referencia a la ampliación de las garantías procesales para la protección de los derechos, ya sea desde la interpretación o a través de nuevas garantías procesales; así, el segundo, hace referencia a todos aquellos que exponen en principio a los estamentos de la justicia, como, por ejemplo: no seguir los tiempos, trámites o etapas procesales

correspondientes; aceptar normas restrictivas de derechos fundamentales y convalidar los excesos de poder.

En concreto, nos importa el primero, el criterio facultativo del juez garantista, racional y justo, para que trayendo de nuevo la Sentencia C-086 de 2016, se prodigue que la distribución y carga probatoria se deben tener en consideración los principios de solidaridad, equidad, lealtad y buena fe procesal, aunado con la posición que expresa: "quien alega debe probar" cediendo por "quien puede debe probar", en este aspecto, la inmersión del juez de manera oficiosa crea un vínculo directo con el proceso en ejecución y el resultado que se desprende de dicha práctica.

Con lo cual, nos resume el asunto a una situación limitante, puesto que el juez aun cuando tenga la facultad de oficiar para obtener la verdad, esta, tendrá que ser conforme a las reglas claras del Estado Social de Derecho, en tratándose de casos particularmente delicados como lo son los de responsabilidad médica en cabeza, por una parte, del Estado como prestador del servicio de salud y del Estado como garante de justicia a través de sus órganos administradores de justicia.

Conclusiones

En resumen, el anterior análisis es vacío al abordar un tema tan amplio, no obstante, nos arroja el resultado propicio para determinar que, en tiempos de dinámica del derecho, los jueces a bien, cuentan con la facultad de demostrar (oficiar) a las partes para que se esclarezcan los hechos, brindándole una nueva posición a la distribución y dinámica de la prueba. Razón por la cual, hace imprescindible distinguir que la carga de la prueba es una facultad con la que cuenta el juez, sin que ello implique un deber impuesto por el legislador para cualquiera de los casos, por el contrario, con el fin de aminorar las falencias procesales que se prevén en los juicios de responsabilidad médica.

De lo anterior, se puede deducir también que, cuando el juez debe optar por una decisión frente a un defecto fáctico, lo relevante es valorar la prueba y descartar todas aquellas que se

tornen ilícitas, inconducentes o impertinentes, que denotan por demás, actuaciones ilegales frente a la esfera de la justicia.

Otro criterio que es relevante mencionar o identificar que, en la dinámica del aparato jurídico, se encuentra la comúnmente llamada: “carga dinámica de la prueba”, contemplada en el artículo 167 del Código General del Proceso y que promueve que el juez pueda plantear tanto una metodología como el ejercicio para tomar una decisión. En razón de esto, la principal facultad del juez al interior del sistema dispositivo en el cual se encuentra Colombia actualmente, es la de poder plantear premisas sólidas que promuevan la verdad y una manera de hacerlas efectivas es a través de las pruebas de oficio, como un papel activo en los procesos civiles de carácter médico por responsabilidad, como un deber funcional, de acuerdo a la jurisprudencia y a la legislación vigente en nuestro país.

En lo relativo al activismo judicial, vale la pena decir que el juez en sus facultades, siempre deberá obrar conforme a los límites establecidos en la imparcialidad y en su criterio objetivo frente a cada caso, ello, sin desestimar el abuso del poder que con ocasiones podrá presentarse.

Como consecuencia de lo anterior, el juez está en deber y facultad de someter a evaluación y análisis las pruebas que sean necesarias para emitir un fallo ajustado en derecho, siendo orientado en el esquema de la tutela judicial efectiva de los derechos, el equilibrio e igualdad procesal de las partes.

Referencias

Bibliográficas

- Aldana, E. (2018). Responsabilidad patrimonial extracontractual de Estado por infecciones nosocomiales adquiridas: la hospitalización como actividad peligrosa. *Trabajo de grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá D.C.*
- Bentham, J. (2008). *Tratado de las pruebas judiciales...* Buenos Aires.: 2da. Ed. Valletta Ediciones S.R.L.
- Carbonell, M. (2014). El caso "Cooper versus Aarón" 1958. *Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM.*
- Castaño, J. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana... *Bogotá D.C.: Revista Derecho del Estado, n° 31.*, pp. 119160.
- Castilla, C. (2017). La responsabilidad del Estado juez entorno al derecho de los ciudadanos a la indemnidad. *Tesis de Maestría, Universidad del Rosario.*
- Coing, H. (1982). Historia del Derecho y la Dogmática Jurídica. *Revista chilena de Derecho. (9)*, pp. 245-257.
- Cuartas, A., & Ruiz, M. (2016). Análisis del tema de la prueba de oficio tanto en el código general del proceso como en el código de procedimiento civil y las implicaciones que este tiene... *Medellín. Trabajo de grado. Universidad EAFIT*, pp. 4-58.
- Cuenca, P. (2007). Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo. *Revista: Cuadernos de filosofía del derecho, n° 15.*, pp.1-37.
- Devis, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial.* Bogotá, D.C.: Temis.
- Duarte, E. (2017). aplicabilidad de la carga dinámica de la prueba en el régimen de responsabilidad subjetiva del Estado colombiano. *Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia.*, pp. 2-41.
- Fernández, A. (s.f). El concepto de Responsabilidad. *Universidad Autónoma Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.*
- Fernández, M., Rodríguez, V., Torres, J., & Vallejo, G. (2016). *Fundamentos contemporáneos del Derecho Público. Transformaciones necesarias...* Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Fernández, M. (2017). La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica. En M. L. Fernández Muñoz. El aseguramiento de la

responsabilidad civil médica: ideas para la reflexión desde una perspectiva comparada. *Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.*, pp. 37-60.

Fernández, C., & Woolcott, O. (2018). *Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica*. Perú: Instituto Pacífico S.A.C.

Fernández, C., & Woolcott, O. (Vol II. 2018). *Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica*. Perú: Instituto Pacífico S.A.C. .

González, O. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes. *Santander: Revista Humanidades*. (37) N°. 1., 77-86.

Hernández, M. (2016). Responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños causados en el procedimiento Gineco-obstétrico. *Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Bogotá, D.C.*, 2-25.

Hinestrosa. (1983). *Escritos varios*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Hunter, I. (2011). La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de código procesal civil. *Talca: Revista Ius et Praxis*, N° 2., pp. 53-76.

Iturraspe, J., & Bueres, A. (1997). *Responsabilidad Civil*. Argentina.: Hammurabi, p. 9.

Larenz, K. (1958). Derecho de las obligaciones, versión española y notas de Jaime Santos Briz. *Madrid: Revista de Derecho Privado.*, p.13.

Larragaña, P. (1996). El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea. *Tesis de posgrado, Universidad de Alicante.*, pp.1-394.

Layton, D., & Martínez, D. (2015). La carga de la prueba en responsabilidad civil médica en Colombia. Conceptos actuales. *Bogotá, D.C.: Monografía Universidad Militar Nueva Granada.*, 2-58.

Leiva, E. (2013). El nexos causal en la responsabilidad médica del Estado según la jurisprudencia del consejo de Estado (1999-2011). *Bogotá, D.C.: Revista de Derecho Público*, N° 30., pp. 5-26.

López, A., & Barragán, P. (2018). Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación. *Novum Jus (12) n° 2*. Doi: 10.14718/NovumJus.2018.12.2.10, pp. 3-14.

Mantilla, F. (2007). El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. *Medellín: Revista Opinión Jurídica*. (6), n°11., p.152.

Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Buenos Aires.: Revista de Ciencias Sociales*. (5). N° 32., pp. 46-83.

- Mejía, j., & Pérez, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. *Barranquilla: Revista Justicia*. N° 27., pp. 30-41.
- Mendoza, L. (2014). La acción civil del daño moral. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp, 144.
- Morales, S., & Daza, S. (2016). El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. *Novum Jus* (10), n° 2. Doi: <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.1>, pp. 1-24.
- Moya, M. (2015). Producción probatoria de la verdad. *Bogotá D.C.: Universidad de Colombia.*, pp. 13-26.
- Parra, A., Jáuregui, M., & González, I. (2015). La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado. *Cúcuta: Revista Hipótesis Libre*. n° 12.
- Parra, J. (2004). *Manual de Derecho probatorio*. Bogotá, D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pérez, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad Administrativa por la actividad médica-decaimiento de su aplicabilidad-. *Medellín: Revista Estudios de Derecho*. (68). N° 152., pp. 204-225.
- Papayannis, D. M. (2013). Derechos y deberes de indemnidad. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 383-417.
- Rodríguez, V. (2016). Una cuestión vigente: la exigibilidad como pretexto de culpabilidad. En M. Fernández, V. Rodríguez, T. Jheison, & V. Germán, *Fundamentos contemporáneos del Derecho Público. Transformaciones necesarias*. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia. p. 112.
- Romero, J. (2017). La prueba judicial: una aproximación realista. *Novum Jus*. (11) n° 2. Doi: <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.3>, pp. 1-28.
- Rojas, J. (2017). La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por falla en la prestación del servicio médico en las entidades de salud del Estado... *Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Bogotá, D.C.*, pp. 1-36.
- Ruíz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Cali: Revista Criterio Jurídico*. (4)., pp.195-216.
- Sandoval, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de

los derechos de las víctimas. *Bogotá D.C.: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n°25., pp.235-271.

Ubertone, F. (2013). La carga de la prueba. *Buenos Aires: Revista saber enseñanza del Derecho*, n° 37., pp. 91-106.

Woolcott, O. (2014). Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la reponsabilidad medica, el derecho a la salud y el Estatuto del Consumidor. *Tunja: Revista Principia Iuris*, No. 22, 238-266.

Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. *Bogotá D.C.: Revista Principia Iuris*, 57, (I), 61-74.

Woolcott, O., & Fonseca, P. (2018). Los medicamentos y la información: implicaciones para la imputación de la responsabilidad civil por riesgo de desarrollo en Colombia. *Bogotá D.C.: Revista Criminalidad*, 60, (I), 79-93.

Yáñez, D., & Castellanos, J. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del código general del proceso en el derecho sustancial y procesal. *Bogotá, D.C.: Revista Vniversitas* n° 132., pp. 561-610.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Expediente No. 5902 ([C. P. Gustavo de Greiff Restrepo] 24 de octubre de 1990).

Consejo de Estado., Expediente No. 17606 ([C. P. Mauricio Fajardo Gómez] 18 de febrero de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-086 de 2016. [M.P. Jorge Iván Palacio].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-074 de 2018. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Suprema de Justicia 29 de marzo Sentencia rad. 11001-31-03-039-2011-00108-01 de 2017. [M.P. Ariel Salazar Ramírez].

Tablas y Gráficas

Tabla 1. Análisis de la sentencia del 24 de octubre de 1990.

Tabla 2. Análisis de la sentencia del 18 de febrero de 2010.